

**Sygn. akt: KIO/W 25/22**

**POSTANOWIENIE  
z 29 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 29 lipca 2022 r. w Warszawie wniosku z 28 lipca 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Zakład Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2022-2026 – rejon IV”

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku  
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

## Uzasadnienie

28 lipca 2022 r. Zamawiający: Zakład Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej: Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m. st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2022-2026 – rejon IV” (nr postępowania: 23/2022, dalej: postępowanie).

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał:

Wykonawca AG Complex Sp. z o.o. we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) Pzp, które miałyby polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez TESTA T.Ś. (dalej jako „TESTA”) w sytuacji, gdy zdaniem odwołującego ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania oraz nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wprowadził warunków udziału w postępowaniu, co odwołujący sam zaznaczył w uzasadnieniu odwołania.

W ocenie zamawiającego, zarzuty sformułowane w odwołaniu są oczywiście nieuzasadnione, zaś samo odwołanie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy z wykonawcą TESTA.

TESTA jest wykonawcą o ugruntowanej pozycji na rynku usług komunalnych. TESTA dotychczas nie realizowała na rzecz zamawiającego prac polegających na mechanicznym oczyszczaniu ulic m. st. Warszawy - w przeciwieństwie do odwołującego.

Realizacja prac mechanicznego oczyszczania ulic wymaga podjęcia szeregu czynności organizacyjnych, w tym w szczególności zapewnienie znacznej liczby sprzętu koniecznego do realizacji prac (pługi, pługoposypywarki itd.) oraz środków do usuwania śliskości zimowej (np. sól drogowa). Zgodnie z SWZ zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy posiadali wymagany potencjał techniczny oraz materiały do usuwania śliskości na dzień złożenia oferty lub na dzień zawarcia umowy. Zgodnie z § 6 ust. 6 umowy, zamawiający wymagał na 6 dni przed rozpoczęciem sezonu zimowego oraz letniego wymaganej liczby jednostek sprzętowych wskazanych w załączniku nr 9, stacji solankowych oraz wymaganej ilości środków do zapobiegania i likwidowania śliskości zimowej.

Warunek dysponowania pełnym potencjałem na dzień składania ofert (lub na dzień zawarcia umowy) powodowałby istotne ograniczenie konkurencji — wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie dysponują pełnym zakresem sprzętu oraz materiałów byłiby faktycznie pozbawieni możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, żaden z wykonawców nie

poczyni tak znacznych nakładów nie mając gwarancji, iż zostanie mu udzielone zamówienie i osiągnie przychód z realizacji zamówienia.

W związku z tym, w celu zapewnienia realnej możliwości udzielenia zamówienia na rzecz nowych wykonawców, zamawiający dąży do przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) z możliwie dużym wyprzedzeniem przed planowanym terminem rozpoczęcia realizacji prac. Dzięki temu nowy wykonawca ma możliwość uzupełnienia wymaganego potencjału w okresie od zawarcia umowy do momentu przystąpienia do realizacji prac.

Ma to szczególnie istotne znaczenie w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej. Z informacji posiadanych przez zamawiającego wynika, że embargo na towary z Rosji i Białorusi spowodowało istotne ograniczenie dostępności soli drogowej — nie ma możliwości zakupu tego surowca z krótkim terminem dostawy. Przerwane łańcuchy dostaw spowodowały ograniczenie podaży pojazdów specjalistycznych (np. pługoposypywarek), które aktualnie trzeba leasingować ze znacznie większym wyprzedzeniem, niż w latach poprzednich. Dodatkowo postępująca inflacja powoduje znaczny wzrost cen towarów, z ekonomicznego punktu widzenia istotne jest możliwe szybkie dokonanie zakupów, co finalnie obniży koszt nakładów poniesionych w celu realizacji zamówienia.

Jeżeli więc, na dzień zawarcia umowy zamawiający nie wymaga dysponowania sprzętem oraz materiałami używanymi do realizacji prac, podnoszenie przez odwołującego zarzutu braku dysponowania ww. potencjałem ma wyłącznie pozorny charakter — wykonawca TESTA nie musi na dzień zawarcia umowy dysponować pełnym wymaganym potencjałem sprzętowym i materiałowym, w związku z czym nie można wykonawcy czynić z tego powodu zarzutu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności oczywistą bezzasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu (wniesionym na kilka godzin przed planowanym zawarciem umowy z wykonawcą TESTA), stwierdzić należy, iż celem odwołania jest maksymalne przedłużenie postępowania, co w konsekwencji ma zmusić wykonawcę TESTA do rezygnacji z zawarcia umowy. Jeżeli nowy wykonawca nie będzie dysponował odpowiednim czasem na przygotowanie się do realizacji zamówienia - odstąpi od zawarcia umowy oraz realizacji zamówienia.

Natomiast odwołujący AG-Complex, który w poprzednich latach realizował na rzecz zamawiającego tego rodzaju zamówienie oraz dysponuje potencjałem technicznym do realizacji zamówienia, ma możliwość zawarcia umowy w krótkim okresie przed rozpoczęciem realizacji umowy — nie potrzebuje tak długiego okresu przygotowawczego, jak nowy wykonawca.

Podsumowując, z okoliczności sprawy wynika, że celem odwołania jest maksymalne przedłużenie procedury przetargowej, w celu wymuszenia na wykonawcy TESTA odstąpienia od zawarcia umowy, z powodu zbyt krótkiego okresu na przygotowanie się do realizacji

zamówienia. Nie taki jest cel zapewnienia wykonawcom ochrony prawnej przewidzianej w Pzp, odwołujący wykorzystuje instrumenty prawne wprowadzone przez ustawę niezgodnie z ich przeznaczeniem, w celu eliminacji konkurencyjnych wykonawców nie w oparciu o kwestie merytoryczne, lecz instrumentalne wykorzystanie zakazu zawarcia umowy i doprowadzenie do stanu, w którym konkurencyjny wykonawca zrezygnuje z zawarcia umowy.

W związku z tym uznać należy, iż została spełniona przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp, tj. zamawiający w wystarczający sposób uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 577 Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Stosownie do 578 ust. 1 Pzp, zamawiający może złożyć do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Przesłanki pozwalające na uchylenie ww. zakazu określone zostały w art. 578 ust. 2 Pzp i są to:

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Podkreślenia wymaga, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątkowy, a ciężar wykazania, że zaistniała przynajmniej jedna z ww. przesłanek spoczywa na zamawiającym.

Po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że w postępowaniu zaistniały okoliczności uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu jego rozstrzygnięcia. Zamawiający nie przedstawił żadnej, wiarygodnej argumentacji z której wynikałaby konieczność uchylenia zakazu zawarcia umowy wobec wypełnienia przesłanek zawartych w przytoczonym wyżej art. 578 ust. 2 Pzp. Zamawiający ograniczył się jedynie merytorycznej polemiki z zarzutami odwołania. W konsekwencji jego stanowisko może zostać potraktowane jako odpowiedź na odwołanie, nie zaś za uzasadnienie i wykazanie okoliczności skutkujących możliwością uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający uznał, że wniosek o uchylene zakazu zawarcia umowy w postępowaniu jest niezasadny, a argumentacja Zamawiającego podniesiona na jego poparcie niewystarczająca.

Z tego względu, Izba, na podstawie art. 578 ust. 2 i 4 Pzp, postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 Pzp na postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący : .....**